

刑法沿革綜覧覚書

清水晴生

- 一 「増補復刻本解題」
- 二 「明治二十三年改正刑法草案」改正趣旨説明
- 三 執行猶予
- 四 死刑
- 五 未遂

一 「増補復刻本解題」

『増補 刑法沿革綜覧』（松尾浩也増補解題、倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓藏監修、高橋治俊・小谷二郎共編 日本立法資料全集別巻2）の巻頭には、松尾浩也による『刑法沿革綜覧』増補復刻本解題の稿が寄せられ、読者を誘っている。

刑法が時代に沿いまた革める歴史の紹介は、明治一五年一月一日施行の刑法^{〔1〕}に対する施行後まもなくからの改正の声と動きとから始まっている。それは「解題」によれば、明治二年の憲法公布により一段と強調され、明治二四年一月の第一回帝国議会にすでに明治二十三年改正刑法草案（『綜覧』七二頁以下）が提出されたという。そして、第一回帝

国議会議録（『綜覧』一三九頁以下）によるとその改正理由は「立憲制との調和、市町村制への配慮、主刑の整備など」であるが、この草案は審議未了に終わったとの解説がなされている。

二 「明治二十三年改正刑法草案」改正趣旨説明

「第一回衆議院會議録」における政府委員の司法次官箕作麟祥による改正の趣旨説明（『綜覧』一三九頁以下）によれば、改正理由の具体的な内容は次のようなものである（適宜、片仮名を平仮名に、漢字を新字体にするなど読みやすく書き換えてある）。

・明治二十三年改正刑法草案における改正理由たる「立憲制との調和」

「……、新律綱領改定律例等に比較すれば、固より余程完全なものであります、けれども併しながら其の刑法の草案の成りましたのは、今を距ること十有余年前でありますからして、どうも専制政治のときに設けたものであるので、今日の最早立憲政体になりました所ではどうしても不都合の点があります、不都合の点、権衡を失した点があります、例へて申しますと、内乱に関する罪に就きましても、皇室に関する罪と政府に對する罪とは區別が出来て居りませぬ、又官吏侮辱罪に於きましても、事実の有無を問はず罰しまして、此等は今日の政体には甚だ其の権衡を得ないものと考えられます」（『綜覧』一四〇頁）。

・明治二十三年改正刑法草案における改正理由たる「主刑の整備」

「其の他今日の刑法で見ますと、裁判官は充分なる判定の自由があります筈であります、けれども刑法に此の重罪の有期徒刑の如きは、下の軽い刑と重い刑との間に一年と云ふものが空位が存して居りますから、加重致しまして一度重くすれば、直ぐ一年以上重くしなければならぬ、又軽減すると忽ち一年以上軽くしなければならぬことになつて、甚しい違が生じて来る、是等も實際上不都合のある個條の一つである」(『綜覧』一四〇頁―一四一頁)

さらに、島地で執行する徒刑・流刑が不便であることや再犯加重の点、そして「其の他誠に一々挙げましては大変ありますが、段々数年間の刑法を実施したる所の実際上の経験、竝に学理上の論説に於きましても、今日の刑法は段々不都合の廉ありますからして、遂に修正を加へることになりました、実に止むを得ないことであります」(『綜覧』一四一頁)と云うのである。

加えてなお、「今日の刑法は其の刑法の用語と申すものは、舊法律に多くは依つて居りますから、一寸見ると大層文字が簡潔に且完全なやうに見えます、けれども實際之を適用するに至つては、其の文意の余程廣漠——廣く漠然たることとがありますので、或は罰すべからざるものを罪とすることがあり或は文意が狭過ぎる為に、罰すべきものを罰することの出来ぬと云ふこともあり」(略)此の新規の法律になつてからは、正條がなければ罰することが出来ないと云ふ原則を採用してある以上は、余程文字の用ゐ方に注意しなければならませぬ、惜い哉現行刑法「旧刑法のこと(筆者注)」には此の注意が缺けているやうに思はれます、是も矢張今日刑法に改正を加ふる必要の理由であります、その他「説明書にも数十條の廉が挙つて居りまして、修正の説明が出て居ります」と述べている(『綜覧』一四一頁)。

三 執行猶予

以下、「解題」にしたがつてさらに見ていきたい。

第一五回帝国議会で提出された「明治三十四年改正案」に示された重要な変更点の一つが執行猶予制度の導入である。明治三十四年改正案第三十一条は「一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ヲ言渡ヲ受ケタルトキハ」とし、執行猶予が認められる範囲は未だかなり限定的である。

第十五回貴族院會議録では国務大臣金子堅太郎の提出理由説明が示されている。^⑤

旧刑法施行後二十年に満たない段階で改正の必要を促した点として、一つには明治二十三年に開かれた帝国議会の議員保護及び議員犯罪に関する規定が欠けている点が挙げられている。

二つには、海外在留邦人への適用規定が欠けている点。

三つには、行政職員全般への適用規定が欠けている点。

四つには、旧刑法立法当事存在しなかった電話や「電気鉄道」を保護する規定が欠けている点。

五つには、親族に関する規定の民法との間の不調和の点。

六つには、有価証券の種類に関して民商法との不釣り合いが生じている点。

七つには、刑法中の刑名が過多であるために、監獄の事務において非常に煩雑を来たし、また相互の刑期が小刻みに過ぎるために刑の適用上の不便がある点。

八つには、監獄則改正による監獄費の国庫支弁と監獄の統一・改良の前提として刑法改正を要する点が挙げられてい

た。

その後、貴族院の刑法改正案特別委員会では、さらに詳細な点にわたり質疑がなされたことが会議録により伝えられている。

馬屋原彰委員が尋ねる。この明治二十八、九年頃に一般に公にされた司法省案が土台となつて、それはこの法案でも同様にして刑の範圍を広めたり、その他執行猶予など、以前の案と比べて根本的な改正が加えられているが、司法省案とこの法案には異同があるか、と。^⑥

これに政府委員倉富勇三郎は、刑の範圍は司法省案よりも少し広くなつていて、執行猶予は司法省案にもあり、大元の組み立ての部分では変わらない、と答える。^⑦

金子堅太郎もさらに概ね次のように言う。刑の執行を猶予するという点については犯罪人が監獄に拘留されるのは余程減るだろう、それは諸君が十分御承知の通りこの刑の執行猶予ということは今日欧米においても皆刑法上の一大改正、また社交上の一大進歩と宗教家も法律家も軽罪家も言っている、今を去ること十七、八年前から二十年前、アメリカ・マサチューセッツ州で言い出してから、イギリスに渡り、イギリスからヨーロッパ大陸に渡つて、ナポレオンコード以後の一大改良と思います。随分人若ければ一時の怒り一朝の怒りにその身を忘れて人を殴打するとかまた酩酊のために心ならぬ犯罪を犯すとか、あるいは色情のために犯罪を犯して囚人になるというようなことは、実にこれを暗夜眼を閉じて静かに考えれば全くその事柄は悪むべきであるけれども、その事柄を発生する周囲の事が恕すべきことがあるというので初犯の者は今日では多くは判決は致しますけれどもこれを執行せずしてしばらくその本人にお前はこういう情状である故にしばらくその刑を執行しない即ち監獄に繋がらない、これよりのお前の行状において果たして善人に立ち

返ったということが現れればその刑期間でも監獄に繋がぬということがあるので、人をして善心に還らしめるには監獄で懲罰をして善人に立返らしめると、監獄に繋がずと善心に還らしめるとの二つがある、これは宗教の関係、社会改良の関係から余程その論が勢力を持って、今日では余程それは有効なる改良であるということを刑法学者も言っていることとでございませう、翻って我国の監獄の制度を見てみると、初犯だろうがいかなる情状であろうが監獄に入れて懲罰をする、その監獄の構造は如何というところ御承知の通り監獄費を国庫支弁にして統一改良をしなければならぬという有様である、故に刑の執行猶予ということは監獄の改良上にも最も有用の事だろうと思ひますからして、この刑の執行猶予をして監獄に繋がぬと言へばそれだけは減るだろうと思ひます、それから監視を廃しますれば、監視を犯して罪人となるものの数も一万人千人があるがこの数も減るだろうと考えます、と。⁽⁸⁾

執行猶予制度の導入に関して、宗教や社会改良の関係からの有効性をまずは説明しながら、同時にまた、監獄費の国庫支弁や収容者を減らす必要性を合わせて説いている点が大変興味深い。

しかし、特別委員会議事未了のまま会期終了との記述で終わっている。⁽⁹⁾

「明治三十五年刑法改正案」⁽¹⁰⁾を取り扱った第十六回貴族院では、穂積八束が執行猶予制度導入に対してこれを削除する動議を長く述べている。概ね次の通りである。⁽¹¹⁾

即ち、私は執行猶予の章を削除する動議を提出致します。……刑の執行猶予の如きは大变例でありますから、此点においては考えなければならませぬ。又此事は實際に於て甚だ危む所があります。大凡刑は犯人をして十分之を怖れしむると云うことが又一つの必要なる点であります、此案に於ては刑罰が大に寛大になつて居ります。又刑を適用する範

囲が広くなつて居りますからして、今度の刑法は寛になつたと云う其声自身が既に私は社会に悪い影響を及ぼしはせぬかと思ひます。世の中には刑法を読んで然る後に罪を犯す者はありませぬから刑法が益々寛になつたと云うことそれ自身の感覚が既に害を及ぼすのでありますのに、此案には既に刑を申渡したる後に而して又此れを免除して執行を猶予することまで規定してあるのでございますからして、余程寛大なる刑法であります。此寛大なる刑法を突然此人情酷薄なる時に於て施行を致して如何なる結果があるうかと云うことが甚だ懸念に存する点であります。……刑の執行免除と云うことは今日唯今此席で極めなくとも明年あたり一つ案を作つて急がぬときに研究して極めた方が宜かろうと思う説もあるのであります。故に我輩は此処で削除すると云うことを申しますが、此議論は執行猶予それ自身の實質に於て全然反対であると云う意見は確定して居らぬのであります。実は尚特別法として一つ政府が出されるなり或は進んで我々が草案を作つて出すなりして此事のみを研究して此処で定めようと云う意見でありまして、決して断然と此事を惡しきとして削除するものではありません。其儀は能く御諒承あるように願ひます、と。

さらに動議は続くが、長大になるのでかいつまんで取り上げると以下のような点が指摘されている。

・明治三十四年の案では一たび過ちを犯した以上はそれを改めて再び善良の人となる機会を失うから宣告猶予の案（言渡を取消す所の条件付裁判の制）であつたのに、今回の理由は監獄で犯罪学院のごとく罪惡を覺えるという理由に変わつてゐる点。

・刑の執行猶予のことは必ずしもこの法律に書く必要はなく、いったん刑を言渡せばそれ以降のことは司法行政の処分に属するから、書いていけないことはないが問題のある今改正案に載せる必要はなく、特別法を設けるのが穩当と思はれる点。

- ・未成年者に限定したり、期間を限定したり、地域を限定するなど試験を経るべきであること。
- ・すでに憲法に大赦、特赦の定めがあり、急ぐ理由がないこと。

その後、執行猶予制度導入の法律案に関しては、明治三十八年法律七〇号『刑ノ執行猶予ニ関スル件』において成立を見たという。⁽¹²⁾

四 死刑

「明治三十五年刑法改正案」を扱った第十六回貴族院では死刑に関する意見も披瀝されていた。

村田保は概ね次のように述べた。⁽¹³⁾

本員は法典調査会の一人であるのでございますが、調査会では死刑廃止は少数でございました。この死刑というものはこの刑法の原則に実は悖る。というのもこの刑法は復讐主義によるものではない。殺すことが悪いならばそれを刑に設ける道理はない。自殺すら悪いのである。死刑の数も減り、酷な刑も廃止されてきた。死刑廃止反対の大いに理由とするところは皇室に対する犯罪のような場合どうかというものだが、そんなふうてんな犯人はそもそも罰することさえできないから理由とまらない、と。

これには三好退蔵の賛成があったが、しかしほかに賛成がなく動議は成立しなかった。

さらには、第十六回衆議院の刑法改正案特別委員会がその中に設けた調査委員会において、花井卓蔵もまた死刑に関

して大要、立法上急激な変動を避ける必要から死刑全廃は難しいが、皇室に対する罪、強盗殺人、尊属殺以外は廃止すべきである、つまり減死刑である、などと唱えていた。⁽¹⁴⁾

五 未遂

時代下って明治四十年、第二十三回帝国議会に至って改正はそのときを迎えようとしていたが、最後に盛んに論じられたのは、未遂の法効果を任意的減輕とするか必要的減輕とするかというテーマであった。

第二十三回貴族院特別委員会⁽¹⁵⁾では大要次のような議論がなされた。⁽¹⁶⁾

富井政章は原案にある未遂の必要的減輕規定を任意的減輕にするように唱える。四十三条本文と但し書きとの間に矛盾があると言う。

未遂には着手して直ぐつかまったというばかりでなく、十分手段を種々尽くしたがただ結果が予期したとおりに全て生じなかったという場合もある。

放火罪については九分どおり焼いたがしかなお家の形が残ったなら未遂にしかない。

人を殺そうと思って十分手段を尽くし九分どおり目的を達したがまだ息を繋いでいる場合も未遂にしかないが、情状の重いこと既遂罪に異なることはないことが多くある。

それから害を受けようとする人の身分、地位という関係よりして情の重い場合もある。たとえば外国の皇太子とか皇族に危害を加えようとした場合などははなはだ情が重いと思う。かの大津事件などその一例であろうと思う。ああいう

事件が起こっても「減輕することを得」とさえしておけば、緊急勅令を出そうとか、刑法の「皇太子」に外国の皇太子も含めるといった無理な解釈をしようとしなくても十分に伸縮がつく。

また未遂犯と中止犯が同一の処分になっている点も平仄が合わない、と。

男爵尾崎三良もこれに賛成した。重大なケースでも軽減しなければならないというような意味になると、裁判官の意思に任せるという今回の改正の主義に適わない、と。

これらの意見に政府委員平沼騏一郎は答えた。富井の言う意見は結局情状、換言すれば意思の方面に重きを置くということである。しかしそれならば既遂処罰を原則とし未遂は本条で定めるといったことも一致しない。やはり実際に生じた結果を見て刑を定めなければならない、と。

都筑馨六も言う。既遂と同じ未遂もありそうだが、しかし全然同じであるとは言えない。その結果には大きな差がある。

先ほど例に挙げた九分どおり家が焼けたとき、裁判官は既遂と見て論じるであろう。殺人罪では九死に一生といえども死んだと死なぬとは非常に大きな差がある。平常の場合に大きな差があることは明らかであり、その差に応じて罰を盛るのが刑法全体を通じての原則である、と。

この議論は採決において賛否同数となり、副委員長村田保が裁決し修正案を採ることになった。

以上の議論から明白なように、未遂の任意的減輕を唱えた富井の見解の根拠は、法益侵害の原理や日本国憲法の平等原則や人権規定といった憲法秩序の下では到底許容されない内容を多く含んだものであった。未遂の任意的減輕を過度に強調することにむしろ正当性がないことを示す議論だと言えよう。

未遂に関しては、最終的に第二十三回貴衆両院協議会で概ね次のような議論を経て決着を見た。^{①7}

議長磯部四郎は開会を宣言し、まずもって「問題ハ四十三條カラテス」と言つて議事を開始している。

富井政章は貴族院で修正を見た理由となつたところをここでも繰り返した。いわく、

修正になつた理由は、要するに、未遂罪の中には既遂罪に譲らないほど情の重いものがたくさんあるということに帰する。社会に害を生ぜしめんとした犯人の意思から、社会の害というものを測算するときは、たまたま結果の一小部分が生じなかつたというだけでその罪が軽いということはない。

多数の立法例のように減輕の程度が四分の一ならわかるが常に半分となつてしまふのは甚だよろしくない。

フランス刑法のように重罪未遂の刑が必ず既遂と同一というのは酷に過ぎて正当でないが、裁量を裁判官に任せて犯情によつてどちらにでもなるようにするのが穩当である、と。

これに衆議院の花井卓蔵は反論する。いわく、

改正刑法案の基礎となり主義となつてゐるのは、社会の被つた危害を標準として、あるいは重く罰し、あるいは軽く罰するというのが刑法の一貫した觀念である。そして犯罪事實の全ての発現状態を指すべき既遂犯と、希望の部分的発現のみとどまるべき未遂犯とを同視して、同じ性質に見るというのはあまりに突飛である。

富井の挙げる例は極端な場合に過ぎない。未遂を既遂と同視するような場合には、不能犯をも罰するというようなことになるはずであらう。

本案は主觀主義によるのではなくむしろ客觀的觀察に重きを置いてゐる。

むしろ未遂犯はある場合においてのみこれを罰すべきものであると規定しているのであつて、原則としては未遂犯を

罰せないのである。四十四条に未遂を罰する場合は各本条においてこれを定めると規定されていることからすれば、立法者の主義が客観的観念にあるということは想像に難くない、と。¹⁸⁾

そして更なる議論を経た後、貴衆両院から各三名の交渉委員が選ばれ、衆議院の委員らが協議し、さらに貴族院の委員らとも協議した結果について、衆議院側の交渉委員の一人奥田義人が報告する。

貴族院で任意的減輕に修正された未遂の必要的減輕の点と死刑廃止の点の重要な二点について、衆議院側はなお不同意ではあるが、これを強いて主張するならば刑法案が不成立を見る虞もあり憂慮に堪えず、故にこの二点については貴族院の主張に譲ることとした。それ以外の修正点については衆議院に譲ってもらいたい。このようなことで双方の交渉委員の議が一致した、と。

貴族院側の交渉委員村田保も続いて報告する。いわく、

四十三条の未遂罪、七十七条の内乱に関する罪など最も貴族院において重きを置いた件について衆議院側が譲歩してくれるということであるのに、それでもなお不同意を表するということになると、帝国議會が始まって以来続いている刑法改正という宿題が不成立となり、実に国家の不幸を来すことになる。衆議院側がこの二件を譲歩してくれるならばその他の修正には同意を表すことで意見が一致した、と。

二人の報告のあと、議長磯部が、ただいま双方より陳述のあった点について別段異議がなければ満場一致を以て決議あらんことを希望いたします、と言うと、「賛成」と呼ぶ者あり、とある。すると、さらにいわく、それでは総て異議がないものと認めます、その成案は、刑法改正案両院協議会成案、第四十三条及び第七十七条は貴族院議決案の通り、其の他は衆議院議決案の通りとす、と述べると、「賛成」と呼ぶ者あり、とある。

最後にいわく、満場一致を以て決議になりました、是で散会致します、と宣言して、議事はすべて終了した。

注

(1) 無論、明治一五年の旧刑法に至るまでには、まだ「彰義隊が立て籠もっていた頃」の慶應四年閏四月頃までに「熊本藩関係者が自藩の刑法などを参照してつくった」、「維新の混乱の中で、裁判や科刑についての判断に迷う政府諸機関や府・藩・県からの問合せに対し、統一的な指令を与えるための一応の規準として政府部内で用いた」とされる「假刑律」(十二編一二〇条)や、その後草案の「新律提綱」を経て全国的に施行された「新律綱領」(明治三年)、その改正・補充法である「改定律例」(明治六年)三二八条といった明律・清律に学んだ中国律系の刑法典の展開を見たとされている(高鹽博「新出の『刑法新律草稿』について——『假刑律』修正の刑法典——」『増補刑法沿革綜覧』三頁以下より適宜旧漢字を読みやすく直して引用)。

そしてさらに高鹽論文は、「慶應四年閏四月の頃までに」つくられた「假刑律」から、明治三年の「新律提綱」(十月十二日)、「新律綱領」(十二月二十七日)に至るまでの間に、「明治元年十一月頃」から同二年正月頃にかけて、「刑法新律草稿」が明治政府初の統一的刑法典として起草されたと説いている(同論文三頁以下参照)。

(2) この説明に続き掲載されている質問の一つ目が「……能く分りませぬが、先年刑法を施行せられました以来、監獄に罪人が年々歳々殖へて居りますが、今回の刑法は罪人の減ります法でありますか、罪人のために良民の膏血を絞られて居ることであるが……」(『綜覧』一四二頁)というものであり、現在の状況とあまりに変わりが無いことに驚きを禁じえない。

またこの点は、その後第一五回帝國議會に提出された「明治三十四年改正案」での執行猶予制度導入の契機ともなっている。「三 執行猶予」を参照。

(3) 現行法は、二五条一項で初度の執行猶予を、同二項で再度の執行猶予を規定している。

初度の執行猶予では、①前に禁錮以上の刑に処せられたことがない(二号)か、②前に禁錮以上の刑に処せられたことがあってもその執行を終わった日または免除を得た日から、禁錮以上の刑に処せられることなく五年を経過した(二号)者について、三年以下の懲役・禁錮あるいは五十万円以下の罰金を言い渡された場合、裁判が確定した日から一年以上五年までの間、情状により執行が猶予されうる。猶予期間を取り消されずに経過すれば、刑の言渡しは効力を失う(二七条)。

再度の執行猶予では、保護観察に付されていない(同項ただし書き)執行猶予中の者が、(初度の場合に比べより軽い)一年以下の懲役・

禁錮を言い渡された場合で、犯情が特に軽微であるなど情状に特に酌量すべきものがあるときには、執行を猶予できる(前田雅英・松本時夫・池田修・渡邊一弘・大谷直人・河村博編『条解刑法 第二版』五七頁参照。昭和二年改正や昭和二八年改正による再度の執行猶予新設など執行猶予制度の拡張についても、同書五二頁以下参照)。

初度の執行猶予については裁量的に、再度の執行猶予に対しては必要的に保護観察が付せられる(二五条の二 一項前段及び後段)。

(4) 『増補 刑法沿革綜覧』一六六頁。

(5) 『増補 刑法沿革綜覧』二〇四頁以下参照。

(6) 『増補 刑法沿革綜覧』二四四頁以下。

(7) 『増補 刑法沿革綜覧』二四五頁。

(8) 『増補 刑法沿革綜覧』二四五頁以下。

(9) 『増補 刑法沿革綜覧』四三四頁。

(10) 「明治三十五年刑法改正案」ではほかに、第五十一條但し書きでは「満八歳以上ノ者ノ行為罰金以上ノ刑ニ処ス可キ罪ニ該ルトキハ情状ニ因リ十年以下ノ期間懲治ノ処分ヲ命スルコトヲ得」と定め、また続く第五十二條では「十四歳以上二十歳ニ滿タサル者ノ行為ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」などと規定している。上掲『増補 刑法沿革綜覧』四四四頁参照。

(11) 『増補 刑法沿革綜覧』五六九頁以下参照。

(12) 松尾浩也「増補復刻本解題」『増補 刑法沿革綜覧』三三頁参照。

(13) 『増補 刑法沿革綜覧』五三三頁以下参照。これに引き続き村田は監視の廃止も唱え、一定の賛成を得て動議は成立したものの、結局、原案修正に賛成するものは少数にとどまった。

(14) 『増補 刑法沿革綜覧』一四四二頁以下参照。

(15) 第二十三回貴族院特別委員会では、さらに「公権剥奪」に関しても、まず名村泰蔵がこれを残すように唱え、この動議に男爵岡内重俊が賛成を表し、他方菊池武夫が反対を唱えるなどの議論もなされた。『増補 刑法沿革綜覧』一六九〇頁以下参照。

(16) 『増補 刑法沿革綜覧』一七〇八頁以下参照。

(17) 『増補 刑法沿革綜覧』二〇八二頁以下参照。

(18) さらに「重大問題」として主張したのが、七十七条の内乱に関する死刑の削除である。花井いわく、国事犯は死刑を覚悟しているが故に特別予防の主義を貫徹せず、一般人も同様に考えているから一般予防の主義も貫徹しない。長期自由刑により反省を促すのが刑事法の原理に適用。彼らは私欲から犯罪を行うのではない。国の福利安寧を増進すると信じて犯すのである。身を殺して仁を為すのである。高尚なる、

敬愛すべき犯罪である。西郷隆盛のごときは立派な国事犯を犯したものである。死刑が全面的に廃止されない以上は、せめて国事犯に対してだけでも死刑は廃止されるべきである、と。『増補 刑法沿革綜覧』二〇九四頁以下参照。

（本学法学部・法科大学院准教授）